

Association Internationale de Droit des Assurances

Rama Colombia

Presidencia

Bogotá, marzo 29, 2006

De mi mayor consideración:

Tengo el agrado de remitir el:

CUESTIONARIO DE LA SECCIÓN COLOMBIANA PARA EL XIIº CONGRESO MUNDIAL DE DERECHO DE SEGUROS BUENOS AIRES 2006

LA INFLUENCIA DE LOS AVANCES CIENTIFICOS Y TECNOLOGICOS EN LOS SEGUROS DE PERSONAS

l) Introducción.

a1. En su país, se pueden contratar seguros a través de Internet? Caso afirmativo: de qué forma está reglamentado?;

En Colombia se pueden contratar seguros por Internet con aseguradoras legalmente establecidas en el territorio colombiano. La Ley de Comercio Electrónico regula lo relacionado con los datos electrónicos dándoles validez para efectos jurídicos. De esta forma, dicha Ley autoriza que las pólizas de seguros revistan formas electrónicas. Lógicamente, la aplicación de dichas normas sobre comercio electrónico en el ámbito asegurador, se circunscribe a la documentación utilizada en los contratos de seguros celebrados con las compañías autorizadas para realizar la actividad aseguradora en Colombia y no a la contratación ilegal de coberturas de seguro directo en el exterior.

La Ley de Comercio Electrónico es la Ley 527 de 1999.

a2. Se admite el consentimiento del asegurado por vía electrónica?

Si. De todas formas, el contrato de seguros en Colombia es consensual, según la ley 389 de 1997: "El contrato de seguro se probará por escrito o por confesión. Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de su celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador."

a3. Pueden denunciarse los siniestros por vía electrónica?

Si, salvo que las disposiciones contractuales establezcan lo contrario.

a4. El documento informatizado es considerado instrumento público o privado?

El documento informatizado puede ser tanto público como privado, de conformidad con su definición legal.

El código de procedimiento civil colombiano establece en su artículo 251, que " documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de su cargo o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es otorgado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública."

" Documento privado es el que no reúne los requisitos para ser documento publico" .

a5. La legislación de su país prevé normas de protección de datos personales (habeas data) objeto de procesamiento electrónico?

La Constitución Política de Colombiana en su artículo 15 consagra el derecho del Habeas Data. ART. 15 Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en banco de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

Han existido varios intentos legislativos de reglamentar dicho derecho constitucional, pero por el momento no contamos con una Ley sobre el mismo. Sobre la interpretación de este derecho constitucional, en sentencia SU- 082 /95 del 1º de marzo de 1995, la Corte Constitucional manifestó que el denominado Habeas data se encuentra previsto en el artículo 15 de la Carta, pues, consagra el derecho a la intimidad y al buen nombre, y enseguida expuso: "De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas"

Y más adelante agregó: "El contenido del habeas data se manifiesta por tres facultades concretas que el citado artículo 15 reconoce a la persona a la cual se refieren los datos recogidos o almacenados:

- a. El derecho a conocer las informaciones que a ella se refieren;
- b. El derecho a actualizar tales informaciones, es decir, a ponerlas al día agregándoles los hechos nuevos;
- c. El derecho a rectificar las informaciones que nos correspondan a la verdad" .

De manera que a juicio de la Corte Constitucional no se vulnera ese derecho a buen nombre "... mientras la información sobre un deudor sea veraz, es decir, verdadera y completa, no se puede afirmar que el suministrarla a quienes tienen interés legítimo en conocerla, vulnera el buen nombre del deudor..." (Se destaca).

Ahora bien, con respecto al límite temporal de la información o a la caducidad del dato resultan pertinentes los siguientes apartes tomados de la citada sentencia: "Es claro pues, que el término para la caducidad del dato lo debe fijar razonablemente el legislador"; y en virtud de la ausencia de reglamentación legal, determinó que: " Pero, mientras no lo haya fijado, hay que considerar que es razonable el término que evite el abuso del poder informático y preserve las sanas practicas crediticias, definiendo así el interés general.

" En este orden de ideas, sería irrazonable la conservación, el uso y la divulgación informática del dato, si no se tuviera en cuenta la ocurrencia de todos los siguientes hechos:

" a. Un pago voluntario de la obligación;

" b. Transcurso de un término de dos años, que se considera razonable, término contado a partir del pago voluntario. El término de dos (2) años se explica porque el deudor, al fin y al cabo, pagó voluntariamente, y se le reconoce su cumplimiento, aunque haya sido tardío. Expresamente se exceptúa el caso en que la mora haya sido inferior a un (1) año, caso en el cual, el término de caducidad será igual al doble de la misma mora; y,

" c. Que durante el término indicado en el literal anterior, no se hayan reportado nuevos incumplimientos del mismo deudor, en relación con otras obligaciones.

" Si el pago se ha producido en un proceso ejecutivo, es razonable que el dato, a pesar de ser público, tenga un término de caducidad, que podría ser el de cinco (5) años, que es el mismo fijado para la prescripción de la pena, cuando se trata de delitos que no tienen señalada pena privativa de la libertad en el Código Penal. Pues, si las penas públicas tiene todas un límite personal, y aun

el quebrado, en el derecho privado, puede ser objeto de rehabilitación, no se ve porque no vaya a tener límite temporal el dato financiero negativo. Ahora, como quiera que no se puede perder de vista la finalidad legítima a la que sirven los bancos de datos financieros, es importante precisar que el límite temporal mencionado no puede aplicarse razonablemente si dentro del mismo término ingresan otros datos de incumplimiento y mora de las obligaciones del mismo deudor o si está en curso un proceso judicial enderezado a su cobro” .

a6. La legislación de su país prevé normas que regulen la privacidad del correo electrónico?; en caso afirmativo, ¿qué sanciones se establecen para el caso de la violación del derecho a la intimidad?

El derecho a la intimidad en Colombia también está tutelado por el artículo 15 de la Constitución Política Colombiana, en dicho precepto se dice que: “ La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Solo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley”

Ya que la Ley 527 le da el carácter de documento a documento electrónico, la violación a su contenido puede acarrear sanciones penales. (arts. 192 y s.s. C.P.)

a.7. En su país, existen coberturas aseguradoras que amparen contra los daños por virus o fallas informáticas, en particular, daños a las redes externas?

Si, en concreto, tales daños están cubiertos en los clausulados de fraudes por sistemas computarizados de las pólizas globales bancarias que amparan los riesgos de las instituciones financieras.

a.8. En caso de contestar afirmativamente la pregunta anterior, cómo se evalúan estos riesgos? ¿Hay límites? ¿Franquicias?

Los límites y deducibles de estas pólizas dependen de lo que establezca el contrato en cuestión.

Lo que e asegurado debe informar a la aseguradora para efectos de la evaluación de los riesgos, incluye:

- ? Descripción general del sistema de procesamiento de datos y de las áreas que involucra (préstamos, cartas de crédito, transferencia de fondos, cajas, administración de valores, etc.);
- ? Organización del área de sistemas (tipos de computadores operados, utilización de equipos internos y externos, etc.);
- ? Existencia de manuales de operación para las distintas aplicaciones;
- ? Establecimiento de un área de auditoria de sistemas (procedimientos de auditoria, entrenamiento del personal, número de empleados,

- frecuencia de los auditoria, conservación de reportes y papeles de trabajo, etc.);
- ? Tipo de auditoria externa ( nombre de la firma, frecuencia, extensión de los auditoria; examen de sistemas de control interno recomendaciones implementadas y en vías de serlo, etc.);
  - ? Acceso a los programas de computación (claves de acceso, cambio regular de las mismas, registros de entrada que comprendan clave, hora, tiempo de permanencia, restricciones para la utilización de terminales, medidas de seguridad con relación a terminales ubicadas en lugares distintos al centro de cómputo; paquetes software de seguridad para controlar accesos utilizados, etc.);
  - ? Medidas de seguridad establecidas para e centro de cómputo (separación de otras áreas, guardias, sistemas de alarma contra robo, protecciones contra incendio, restricciones e materia de entrada de persona);
  - ? Tipo de computador utilizado (fabricante, modelo, sistemas de operación, descripción del software);
  - ? Sistema de almacenamiento de datos y utilización de personal o firmas externas para el procesamiento de la información.

a.9. Qué porcentaje aproximado del primaje de seguros de su país se comercializa a través de Internet?

Por el momento no existen cifras oficiales, pero se presume que su comercialización debe ser alta particularmente en líneas comerciales.

a.10. Existen en su país barreras legales para impedir que la contratación de seguros a través de Internet vulnere el poder impositivo de su país?

Por el momento no. Sin embargo, cuando entren en vigencia los compromisos en materia de seguros del Trabajo de Libre Comercio con Estados Unidos, en el cual se permitirá el consumo de seguros en el exterior aun por vías de electrónicas, se expedirán normas tributarias que igualen la situación tributaria de los seguros que se adquieran de compañías localizadas en el exterior con la de los seguros que se adquieran con compañías de seguros localizadas en el territorio colombiano.

b). Los principios generales de la contratación electrónica.-

Se servirá indicar si las disposiciones vigentes en su país en materia de contratación electrónica reconocen los siguientes principios generales: 1. de equivalencia funcional de los actos jurídicos electrónicos respecto de los actos jurídicos escritos; 2. la inalteración del vigente derecho de las obligaciones y contratos privados; 3. la neutralidad tecnológica; 4. la buena fe; 5. la libertad contractual en el contexto electrónico. 6. valor probatorio electrónico.

Todos estos principios están consagrados en la Ley 527 de comercio electrónico en Colombia.

c) La contratación, gestión, ejecución, consumación y rescisión de los contratos de seguros y reaseguros

c1. Se servirá indicar cómo ha influido la electrificación en los distintos momentos indicados; particularmente indicará si es imperativa o no la entrega del texto escrito de la póliza, y si se ha reglamentado su eventual sustitución por el mensaje electrónico.

Sin perjuicio de lo que se ha mencionado anteriormente, la Ley 389 de 1997 en su artículo 3 dispone que " Con fines exclusivamente probatorios, el asegurador está obligado a entregar en su original, al tomador, dentro de los quince días siguientes a la fecha de celebración el documento contentivo del contrato de seguro, el cual se denomina póliza, el que deberá redactarse en castellano y firmarse por el asegurador" .

El artículo 1047 del Código de Comercio establece los requisitos de contenido del documento para ser póliza de seguros y no menciona que cuando se expide en forma electrónica, deberá sustituirse por un documento escrito. La Ley 527 de 1999 le da el carácter de documento al documento electrónico. Adicionalmente, el artículo 184 del Estatuto Orgánico del sistema Financiero y la Circular Externa 007 Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera establece otros requisitos para el ejercicio del control de la configuración interna del contrato y el registro de los clausulados de la póliza ante dicha Superintendencia.

c2. Hay autoridad certificante de documentos electrónicos; caso afirmativo, cuáles son las condiciones exigidas para su actuación?

Sobre las entidades de certificación, los artículos 29 y 30 de la Ley 527 establecen lo siguiente:

" Artículo 29. Características y requerimientos de las entidades de certificación. Podrán ser entidades de certificación, las personas jurídicas, tanto públicas como privadas, de origen nacional o extranjero y las cámaras de comercio, que previa solicitud sean autorizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio y que cumplan con los requerimientos establecidos por el Gobierno Nacional, con base en las siguientes condiciones:

- a) Contar con la capacidad económica y financiera suficiente para prestar los servicios autorizados como entidad de certificación.
- b) Contar con la capacidad y elementos técnicos necesarios para la generación de firmas digitales, la emisión de certificados sobre la autenticidad de las mismas y la conservación de mensajes de datos en los términos establecidos en esta ley.
- c) Los representantes legales y administradores no podrán ser personas que

hayan sido condenadas a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o que hayan sido suspendidas en el ejercicio de su profesión por falta grave contra la ética o hayan sido excluidas de aquélla. Esta inhabilidad estará vigente por el mismo período que la ley penal o administrativa señale para el efecto.

Artículo 30. Actividades de las entidades de certificación. Las entidades de certificación autorizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio para prestar sus servicios en el país, podrán realizar, entre otras, las siguientes actividades:

1. Emitir certificados en relación con las firmas digitales de personas naturales o jurídicas.
2. Emitir certificados sobre la verificación respecto de la alteración entre el envío y recepción del mensaje de datos.
3. Emitir certificados en relación con la persona que posea un derecho u obligación con respecto a los documentos enunciados en los literales f) y g) del artículo 26 de la presente Ley.
4. Ofrecer o facilitar los servicios de creación de firmas digitales certificadas.
5. Ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico en la generación, transmisión y recepción de mensajes de datos.
6. Ofrecer los servicios de archivo y conservación de mensajes de datos."

Adicionalmente, la Ley 588 de 2000 establece que las notarías y consulados podrán ser autorizados por la Superintendencia de Industria y Comercio para ser entidades de certificación.

Finalmente, el Decreto Reglamentario 1747 de 2000 desarrolla todo lo relacionado a las entidades de certificación, en especial menciona que los documentos deben ser certificados por un mecanismo confiable de acuerdo con las disposiciones de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio (Circular Externa 10 de 2001).

c3. Existe en su país un servicio de notificaciones telemáticas seguras con plena eficacia jurídica y valor probatorio similar al del correo certificado?

De acuerdo con las normas citadas en la respuesta anterior, las notificaciones telemáticas son válidas si cumplen con los requisitos legales según el artículo 15 del Decreto Reglamentario 1747 de 2000.

"ARTICULO 15°. USO DEL CERTIFICADO DIGITAL. Cuando quiera que un suscriptor firme digitalmente un mensaje de datos con su clave privada, y la respalde mediante un certificado digital, se darán por satisfechos los atributos exigidos para una firma digital en el parágrafo del artículo 28 de la ley 527 de 1999, sí:

1. El certificado fue emitido por una entidad de certificación abierta autorizada para ello por la Superintendencia de Industria y Comercio.
2. Dicha firma se puede verificar con la clave pública que se encuentra en el certificado con relación a firmas digitales, emitido por la entidad de certificación.
3. La firma fue emitida dentro del tiempo de validez del certificado, sin que éste haya sido revocado.
4. El mensaje de datos firmado se encuentra dentro de los usos aceptados en la DPC, de acuerdo al tipo de certificado."

d ) La firma electrónica

d1. Existen en su país disposiciones que regulen el uso de la firma electrónica?

Si, en concreto, el artículo 28 de la ley 527 que dispone:

" Artículo 28. Atributos jurídicos de una firma digital. Cuando una firma digital haya sido fijada en un mensaje de datos se presume que el suscriptor de aquella tenía la intención de acreditar ese mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido del mismo.

Parágrafo. El uso de una firma digital tendrá la misma fuerza y efectos que el uso de una firma manuscrita, si aquélla incorpora los siguientes atributos:

1. Es única a la persona que la usa.
2. Es susceptible de ser verificada.
3. Está bajo el control exclusivo de la persona que la usa.
4. Está ligada a la información o mensaje, de tal manera que si éstos son cambiados, la firma digital es invalidada.
5. Está conforme a las reglamentaciones adoptadas por el Gobierno Nacional. "

Adicionalmente, el artículo 16 del DR 1747 de 2000 reglamenta lo relacionado con la unicidad de la firma digital.

" ARTICULO 16°. UNICIDAD DE LA FIRMA DIGITAL. No obstante lo previsto en el artículo anterior, una firma digital en un mensaje de datos deja de ser única a la persona que la usa si, estando bajo su control exclusivo, dada la condición del numeral 3 del parágrafo del artículo 28 de la ley 527 de 1999, la probabilidad de derivar la clave privada, a partir de la clave pública, no es o deja de ser remota. Para establecer si la probabilidad es remota se tendrán en cuenta la utilización del máximo recurso computacional disponible al momento de calcular la probabilidad, durante un período igual al que transcurre entre el momento en que se



crean el par de claves y aquel en que el documento firmado deja de ser idóneo para

generar obligaciones.”

d2. Según las normas vigentes en su país, la firma digital tiene el mismo valor jurídico que la firma manuscrita?

Si, como se menciona anteriormente.

d3. El soporte en que figuran los datos firmados electrónicamente está reconocido como prueba documental en juicio?

Si. Al respecto es pertinente señalar que el artículo 175 del Código de procedimiento Civil establece la libertad de medios de prueba y el artículo 10 de la Ley 527 de 1999 contempla expresamente la admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos.

d4. Cómo están reflejados en la legislación de su país las características de la firma digital en cuanto a autenticidad, integridad, confidencialidad y no repudio?.

Están relacionados con lo dispuesto por el artículo 28 anteriormente transcrito y por los requisitos de certificación por parte de una entidad de certificación.

d5. Sistemas de cifrado de datos: clave simétrica y no asimétrica.

El DR 1747 de 2000 y la Circular Externa 10 de 2001 de la Superintendencia de Industria y Comercio prevén las reglamentaciones de la clave asimétrica y no asimétrica.

e) Acceso a bases de datos

e1. Existe en su país alguna regulación que imponga a los aseguradores el suministro de sus bases de datos a organismos oficiales?

Si, a la Superintendencia Financiera de Colombia se le deben suministrar todos los datos relacionados con la solvencia de las entidades aseguradoras. Las normas pertinentes son las Circulares externas 007 de 1996 y 100 de 1995 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

e2. Esa obligación responde a fines meramente estadísticos o a la detección de activos de origen delictivo (lavado de dinero)?

La obligación responde tanto a fines estadísticos como al control de lavado de activos y de supervisión prudencial. Estas obligaciones se imponen en ejercicio

de las facultades de supervisión, control y vigilancia radicadas en cabeza de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Para efectos del control y prevención del lavado de activos también se deben reportar las operaciones sospechosas ante la Unidad de Información y Análisis Financiero.

e3. Se puede acceder a bases de datos que contengan información económico-financiera o médica del asegurable? ¿Del asegurable o asegurado?

Si es del asegurado, no, salvo que exista autorización previa. Esto se encuentra consagrado como un documento reservado, ya que al tenor del artículo 34 de la ley 23 de 1981: "La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado, sometido a reserva, que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley"

Por lo que se refiere a la información comercial, a esta es posible acceder cuando en algunos ramos se requiera solicitando estados financieros y una autorización expresa para poder consultar ante la Asociación bancaria información sobre el endeudamiento y el comportamiento crediticio.

f) Exclusiones de cobertura en riesgos de personas.-

f1. Existen en su país tendencia a establecer nuevas exclusiones de cobertura vinculadas al uso de nueva tecnología, como ser, la telefonía celular, los rayos catódicos, el poliuretano expandido, etc.?

No.

f2. Existen en la legislación de su país exclusiones de coberturas en seguros de personas y/o salud u hospitalización, respecto a lesiones o muerte causadas por el efecto invernadero y la concentración de gases en la atmósfera?

No.

f3. Existen en las pólizas usuales de seguros de personas, salud u hospitalización, en su país, otras exclusiones de cobertura, además de los acontecimientos catastróficos originados por la energía atómica, terremotos o inundaciones (cláusulas referidas al lado oscuro de los avances de la ciencia y tecnología).

Respecto de esta pregunta, es necesario hacer estas aclaraciones: en cuanto a la cobertura para eventos catastróficos (por fenómenos de la naturaleza como terremoto, temblor, erupción volcánica, inundaciones, etc.) que afectan la salud o la vida de los asegurados, en el amparo básico de vida están cubiertos, por

cuanto este amparo se otorga sin ninguna exclusión. (Muerte por cualquier causa). No sucede lo mismo en el amparo adicional de muerte, incapacidad o desmembración accidental, en cuyo caso algunas compañías los cubren y otras no. En riesgos profesionales (en donde se cubren los accidentes de trabajo y la enfermedad profesional) está claramente excluida la fisión nuclear.

f4. Existen en la legislación de su país exclusiones de cobertura en seguros de personas por daños en la salud causados por compuestos industriales tóxicos (bifenilos policlorados).

No-

COMENTARIOS A LAS RESPUESTAS ANTERIORES: Las compañías de seguros colombianas no han establecido exclusiones en seguros de vida o Salud por efectos en la mortalidad o morbilidad de las personas de F1, F2, y F4; a menos que estas constituyan un riesgo por la profesión del asegurado, en cuyo caso si están excluidos del seguro voluntario de vida o accidentes personales por ser objeto del seguro obligatorio de Riesgos Profesionales que hace parte del régimen general de Seguridad Social (ley 100 del 93 y sus reglamentarios, dec. 1295 / 1.994).

Los riesgos profesionales son asegurados por las ARP (Administradoras de riesgos profesionales), las cuales los clasifican teniendo en cuenta la actividad económica de la empresa a la cual pertenece el asegurado afiliado (5 clases), el índice de lesiones incapacitantes (ILI) en la empresa y el programa de salud ocupacional.

En los seguros de Salud o contratos de medicina prepagada, generalmente excluyen tratamientos experimentales o realizados por profesionales del área de la salud no legalmente autorizados, cirugía estética de embellecimiento y tratamientos para la infertilidad.

g. Derecho a la subrogación.-

g1. Las entidades aseguradoras que operan en estas coberturas pueden repetir o subrogarse en los derechos del asegurado para intentar recuperar el costo de los siniestros afrontados, cuando ellos son consecuencia del mal uso de las nuevas tecnologías (v.g. lesiones o muerte causadas por alimentos o cultivos transgénicos, experimentos genéticos, productos farmacéuticos, etc.)?

Si. La legislación colombiana consagra de manera general el derecho a la subrogación .

En el artículo 1096 del código de comercio se expresa lo siguiente:

“El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe en los derechos del asegurado contra las

personas responsables del siniestro. Pero estas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado. Habrá también lugar a la subrogación en los derechos del asegurado cuando éste, a título de acreedor ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada.”

Por su parte el artículo 1100 del mismo código expresa lo siguiente: “ Las normas de los artículos 1096 y siguientes se aplican también al seguro de accidente de trabajo, si así lo convinieren las partes”

Como se observa en la regla general, el asegurador puede ejercitar dicho derecho en contra del responsable del siniestro independientemente de si la responsabilidad deriva o no del uso de nuevas tecnologías.

Por lo demás cabe anotar que como lo prescribe el artículo 1139 en los seguros de personas no hay subrogación en contra de los causantes del siniestro. En efecto, la norma reza lo siguiente: artículo 1139 “La subrogación a que se refiere el artículo 1096 no tendrá cabida en esta clase de seguros”

Cabe reseñar que por disposición legal algunos amparos de los seguros de personas tienen carácter indemnizatorio. Así lo aclara el código de comercio en su artículo 1140 al señalar: Artículo 1140 “Los amparos de gastos que tengan un carácter de daño patrimonial, como gastos médicos, clínicos, quirúrgicos, o farmacéuticos tendrán carácter indemnizatorio y se regularán por las normas del capítulo II cuando estas no contraríen su naturaleza.”

Finalmente cabe considerar que la posibilidad de acumular indemnizaciones ha sido objeto de pronunciamientos por parte de la jurisprudencia y de múltiples debates doctrinarios con ocasión de las reformas a la seguridad social, de la creación del seguro obligatorio de accidentes de tránsito, motivo por el cual algunos temas relacionados con el ejercicio del derecho a la subrogación aún se encuentran en proceso de desarrollo.

#### h. Selección de riesgos.-

h1. En su país, se verifica el uso de nuevas tecnologías de diagnóstico médico para los seguros de vida individuales?

Si. De otro lado, de acuerdo con el artículo 12 de la ley 23 de 1981 “el médico solamente empleará medios diagnósticos o terapéuticos debidamente aceptados por las instituciones científicas legalmente reconocidas”

h2. Existe regulación que limite los estudios de diagnóstico para los casos de HIV o de Genoma humano?

No. En la práctica las compañías de seguros para los casos de HIV los utilizan cuando media la autorización del asegurado.

h3. Existe regulación que limite las discriminaciones tarifarias en virtud al fenotipo del asegurable (vinculadas al medio ambiente, a los antecedentes étnicos, a la demografía, etc.)?

No. Jurídicamente, no existe limitación alguna. Desde el punto de vista técnico, anualmente las Compañías de Seguros actualizan sus manuales para la suscripción de los riesgos, bien sea por estado de salud, ocupación, deportes o riesgos especiales, con base en sus propias experiencias y en las recomendaciones de los manuales de las Reaseguradoras a quienes ceden estos riesgos, las cuales aportan sus experiencias en cuanto a la mortalidad y morbilidad de los asegurados a nivel mundial, entregando tablas de extraprimas o recargos según la agravación del riesgo.

h4. Existen en la legislación de su país algunas previsiones respecto a la incorporación de imágenes digitales en documentos electrónicos (vgr. radiografías, tomografías computadas, ecografías, etc.)?

En principio no existe reglamentación especial sobre el tema, salvo que los mismos puedan ser considerados como datos electrónicos que tengan plena validez, según la Ley 527 de 1999.

h5. existen en la legislación de su país algunas previsiones que deben cumplir las recetas médicas y/o de tratamientos prescritos, emitidos en documentos digitales?

No, salvo por aplicación de lo que se mencionó anteriormente sobre los datos digitales.

h6. ¿Existen en su país restricciones al cúmulo que se da cuando por un lado, el asegurado recibe prestaciones por vía de un seguro de personas, salud u hospitalización, y por otro lado reclama por responsabilidad civil cuando el daño en su cuerpo -salud o muerte- se produjo por el mal uso de nuevas tecnologías?

En los seguros de personas tales como Vida, salud e incapacidades, la subrogación a que se refiere el artículo 1096 del Código de Comercio Colombiano, no tiene cabida. Así pues, el asegurado podrá reclamar sus derechos a las personas responsables del siniestro.

La posibilidad del cúmulo es aceptada bajo las jurisdicciones administrativas, laboral y civil y con sustento en la teoría de la causa jurídica distinta de esas indemnizaciones, pero existe la posibilidad que se restrinja ante la posibilidad de estar consagrada la subrogación a favor del asegurador a través de una ley especial, según criterio del Consejo de Estado.

II.- EL PROYECTO GENOMA HUMANO Y LOS SEGUROS DE PERSONAS.

1.- En su país: ¿Se ha dictado alguna legislación en relación al Proyecto Genoma Humano?. En caso afirmativo, se servirá hacernos llegar una síntesis de sus aspectos más importantes.

Si. El código penal Ley 599 de Julio 24 de 2000 -modificada por la ley 890 de Julio 7 de 2004 y Ley 906 de agosto 31 de 2004- en sus artículos 132,133 y 134 tipificó como delito la clonación, la manipulación genética y la inseminación no consentida. Los artículos en cuestión se transcriben en seguida:

" Art. 132. Manipulación genética. El que manipule genes humanos alterando el genotipo con finalidad diferente al tratamiento, el diagnóstico, o la investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, orientados a aliviar el sufrimiento o mejorar la salud de la persona y de la humanidad, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años.

" Se entiende por tratamiento, diagnóstico o investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, cualquiera que se realice con el consentimiento, libre e informado, de la persona de la cual proceder los genes, para el descubrimiento, identificación, prevención y tratamiento de enfermedades o discapacidades genéticas o de influencia genética, así como las raras y endémicas que afecten a una parte considerable de la población.

" Art. 133 Repetibilidad del ser humano. El que genere seres humanos idénticos por clonación o por cualquier otro procedimiento, incurrirá en prisión de dos (2) a seis (6) años.

" Art. 134 Fecundación y tráfico de embriones humanos. El que fecunde óvulos humanos con finalidad diferente a la procreación humana, sin perjuicio de la investigación científica, tratamiento o diagnóstico que tengan una finalidad terapéutica con respecto al ser humano objeto de la investigación, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años.

En la misma pena incurrirá el que trafique con gametos, cigotos o embriones humanos, obtenidos de cualquier manera o a cualquier título."

Estas normas han sido bastante controvertidas; en efecto, la tipificación, sin mayor análisis, de determinadas conductas como delito, frena la investigación en áreas estratégicas del conocimiento.

Mediante la ley 208 de 1995 Colombia adhirió al " estatuto del centro internacional de ingeniería genética y biotecnología, hecho en Madrid el 13 de septiembre de 1983 el cual se relaciona, de manera específica, con la necesidad de establecer mecanismos de cooperación internacional para la investigación, el desarrollo y la capacitación en el potencial de la ingeniería genética y la biotecnología para resolver los problemas que nos obliga a enfrentar el desarrollo."

Por lo demás, la resolución No. 008430 expedida por el ministerio de salud establece las normas científicas, técnicas y administrativas que rigen la investigación en salud.

2.- En su país: ¿Se ha dictado alguna legislación en relación al Proyecto Genoma Humano y el Seguro de Personas (Vida)? En su caso, se servirá hacernos llegar una síntesis de los aspectos más importantes.

No.

3.- En su país: ¿Existe legislación específica respecto de la discriminación? En caso afirmativo: ¿la discriminación por caracteres genéticos se encuentra incluida en la misma?

Sí. La constitución política proscribe la discriminación en sus artículos 5°, 13, 16, 43 y 44 entre otros. A continuación se transcriben los artículos pertinentes.

“ Artículo 5– “ El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.”

Artículo. 13 -“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que ellas se cometan.”

Art. 43 La mujer y el hombre tiene iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

Art. 44 Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia

física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

La familia, la sociedad y el Estado tiene la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.”

Ahora bien, los desarrollos jurisprudenciales que reiteran la prohibición de la discriminación han sido diversos y han tenido relación con el alcance del principio de la igualdad, con la identificación de los criterios de diferenciación, con los derechos de la mujer y los derechos de los niños, entre otros. La prohibición de una discriminación derivada de caracteres genéticos no se encuentra consagrada de manera expresa, pero, sin lugar a dudas, existen elementos interesantes que permitirían extenderla a éstos aspectos.

En efecto, Colombia reformó su constitución en el año de 1991 y el derecho privado viene sufriendo un proceso de constitucionalización, entre otras razones, porque se consagró la acción de tutela como una institución que permite hacer efectivos los mencionados derechos, y de manera expresa, la supremacía de los preceptos constitucionales en relación con las normas de derecho positivo.

Así importa reseñar la sentencia de la sala segunda de revisión de la Corte Constitucional de noviembre 6 de 2001 en la cual obró como ponente el magistrado Alfredo Beltrán Sierra, pues aunque no se pronunció de manera específica sobre el uso de las pruebas genéticas, sí se obligó a una aseguradora a aceptar el riesgo de un solicitante de un seguro privado de vida portador del virus de sida y a tarifar como si se tratara de un riesgo estándar, al tutelar el derecho a la vivienda como un derecho fundamental. A continuación se transcriben los apartes de la mencionada sentencia que se consideran pertinentes<sup>1</sup>:

"Problema jurídico

¿Existe vulneración del derecho a la vivienda digna en conexión con el derecho a la igualdad, cuando un compañía de seguros niega el amparo de vida solicitado por quien obtuvo un subsidio de vivienda por parte del Estado, fue favorecido por el otorgamiento de un crédito, suscribió escritura de compraventa de un inmueble y la hipoteca respectiva, y, al solicitar el seguro informó ser poseedor asintomático del virus de inmunodeficiencia humana VIH? Si.

Tesis



" (...) La efectividad de la tutela respecto a la petición de una persona para que su vivienda sea digna dependerá de las condiciones jurídico-materiales del caso concreto. ... Dentro de este contexto, para saber si existe vulneración del derecho a la vivienda digna en conexión con el derecho a la igualdad, es necesario analizar si la razón por la cual se niega la expedición de la póliza de vida tiene un fundamento, o si por el contrario carece de respaldo constitucional, pues lo único que se pretende es desconocer los derechos de los demandantes. ... Esta conducta asumida por la entidad aseguradora, es discriminatoria y no consulta los propósitos que rigen el Estado social de derecho fundado en el respeto a la dignidad humana, pues no se puede concebir bajo ningún argumento que el ser portador asintomático de VIH, sea una exclusión para adquirir un seguro de vida. No hay ninguna disposición legal, que así lo contemple y de existir dicha disposición desconocería los postulados constitucionales. Las normas contenidas en el Código del Comercio, señalan que toda persona tiene interés asegurable en su propia vida, en la de las personas a quienes puedan legalmente reclamar alimentos y en la de aquellas cuya muerte o incapacidad pueden aparejarle un perjuicio económico aunque este no sea susceptible de evaluación cierta ... Igualmente, para tomar un seguro de vida, no es necesario realizar un examen médico pues, únicamente se exige que el tomador declare sinceramente los hechos o circunstancias que determinen el estado de riesgo ... Precisamente, aquí la buena fe de los demandantes al declarar voluntariamente que son portadores asintomáticos de VIH, se constituyó en este caso en un motivo de rechazo, hecho que no puede ser avalado por esta Corporación, debido a que de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos ... todas las personas son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección contra toda discriminación. ... En el caso de la suscripción de una póliza de vida, se parte de un supuesto y es que cualquier póliza que se suscriba, se encuentra sometida a un hecho cierto e indeterminado cual es, la muerte del tomador o asegurado, razón por la que aunque existan niveles probables de vida, no se puede tener la certeza de cuando se producirá el deceso del tomador del seguro. Por tanto, no es jurídicamente admisible que se niegue la suscripción de la póliza de vida, a una persona asintomática de virus de inmunodeficiencia humana, bajo el argumento que dicha persona va a morir más rápido que otra que no tenga esa condición, porque ello resulta discriminatorio y en consecuencia violatorio de la Constitución Política ..<sup>2</sup>. Es claro, entonces que no hay ninguna razón que justifique la decisión de la Aseguradora demandada de no expedir el seguro de vida solicitado por los demandantes, por cuanto si bien la Aseguradora Solidaria de Colombia, se encuentra amparada por la autonomía de su voluntad en las relaciones contractuales, esta autonomía, no puede constituirse en un abuso de su posición en detrimento de los derechos de quien acude a ella. De aceptar esta Sala, que la aseguradora acusada puede dejar de suscribir un seguro de vida, bajo el argumento de que la

persona que lo solicita padece del virus de inmunodeficiencia humana, sería como aceptar toda forma de discriminación, desconociendo los preceptos constitucionales y las normas contenidas en el derecho internacional, como quiera que si se admite este tipo de exclusiones, muy seguramente, en el futuro tendría que admitirse que quien es portador de VIH, va a ser excluido de todo tipo de negocio, inclusive se puede llegar a decir que quien es portador del virus no puede trabajar, asistir a un centro educativo, tener un contrato de salud, o emplear un medio de transporte, pues estas actividades se derivan al igual que la actividad aseguradora de un negocio jurídico en donde las partes contratantes tienen que expresar su consentimiento, consentimiento que no puede tener como fundamento la discriminación.<sup>3</sup>

C.Co. art. 1137; C.Co. art. 1158; Declaración universal de los derechos humanos art. 7; C.Po. art. 13

“ De aceptar esta Sala, que la aseguradora acusada puede dejar de suscribir un seguro de vida, bajo el argumento de que la persona que lo solicita padece del virus de inmunodeficiencia humana, sería como aceptar toda forma de discriminación, desconociendo los preceptos constitucionales y las normas contenidas en el derecho internacional, como quiera que si se admite este tipo de exclusiones, muy seguramente, en el futuro tendría que admitirse que quien es portador de VIH, va a ser excluido de todo tipo de negocio, inclusive se puede llegar a decir que quien es portador del virus no puede trabajar, asistir a un centro educativo, tener un contrato de salud, o emplear un medio de transporte, pues estas actividades se derivan al igual que la actividad aseguradora de un negocio jurídico en donde las partes contratantes tienen que expresar su consentimiento, consentimiento que no puede tener como fundamento la discriminación.

“ Por consiguiente, habrá de concederse la protección solicitada, pues en el caso objeto de revisión, la única negativa de la aseguradora para no expedir la póliza de vida, además de ser discriminatoria, impide que los actores puedan adquirir su vivienda, y aquí este derecho adquiere el carácter de fundamental al estar íntimamente relacionado con otros que son de esta naturaleza, tales como la vida, la igualdad y la dignidad de quien acude a esta instancia judicial.

“ Los actores tienen derecho a vivir, en una vivienda digna, con dignidad, mas aún, dadas las circunstancias especiales en las que se encuentran, por cuanto puede considerarse que para ellos acceder a una vivienda de interés social, vivienda que precisamente pretende proteger a la población mas pobre y vulnerable, es como obtener la protección a un mínimo vital en materia de vivienda.

“ En consecuencia, se revocará el fallo proferido el tres (3) de agosto de 2001, por el Juzgado (13) Trece Civil del Circuito de Cali -Valle y en su lugar, se concederá la protección solicitada por los demandantes, ordenando a la Aseguradora Solidaria de Colombia que en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, expida en condiciones de igualdad, la póliza de vida que requieren los actores, a fin de que ellos puedan adquirir su vivienda de interés social.

“ Igualmente, se enviará copia de esta sentencia a la Superintendencia Bancaria, a fin de que vigile que la suscripción del seguro de vida reclamado por los actores se realice respetando sus derechos fundamentales.”

La sentencia en cuestión ha sido bastante controvertida. Las voces en contra advierten que las normas del derecho público de seguros obligan a tarifar en función del riesgo. La tarifación en función del riesgo permite consolidar los recursos requeridos para asumir el pago de las pérdidas. El cobro de una prima en función de la probabilidad es legítimo; se advierte que se trata de una discriminación legítima, es condición de la mutualidad, del papel mismo del seguro como mecanismo de dispersión del riesgo. Por lo demás, en ejercicio de la autonomía privada de la voluntad que rige las relaciones con el derecho privado esta proporcionalidad en el cobro de la prima es compatible con la existencia de manuales de suscripción de riesgos y una clasificación acorde con el nivel de exposición a los mismos en el que el comportamiento sexual u homosexual sea un factor considerado para evaluar el riesgo aceptándolo, rechazándolo o proponiendo alternativas de aseguramiento como por ejemplo la de rechazar el riesgo en el ramo de vida o la exclusión de cualquier tratamiento relacionado con HIV positivo, en los de salud.

4.- La legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país ¿contempla la posibilidad de que los aseguradores soliciten, a sus eventuales asegurados, un examen genético, previo a la contratación de un seguro de vida?. Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa Sección Nacional, teniendo en cuenta que, en la mayoría de los casos, estos exámenes solo darán probabilidades de contraer enfermedades.

No. Desde el punto de vista técnico, no es factible, por ahora, que las Compañías de Seguros contemplen esta posibilidad. Por el contrario, por razones de competencia en el mercado de seguros la tendencia es eliminar los requisitos médicos de asegurabilidad en los seguros de vida grupo y disminuir los propios de los Seguros de Vida individual.

Con fundamento en el principio de la buena fe del asegurado, bastaría con la declaración de estado de salud que se diligenciara como presupuesto adjunto a la solicitud de seguro, para el estudio y aprobación del seguro desde el punto de vista médico; dejando a un lado exámenes médicos más complejos e "impopulares" para el asegurado como un examen genético.

Desde un ángulo puramente jurídico, es importante destacar que no existe legislación que legitime a los aseguradores para solicitar a sus potenciales asegurados la práctica de pruebas genéticas; la doctrina nacional sobre el particular es escasa y la jurisprudencia aún no se ha ocupado de ello. Si bien, los particulares se encuentran habilitados para realizar todo aquello que no se encuentre prohibido de manera expresa, como la ley no se ocupa del uso de pruebas médicas - y mucho menos de las genéticas- durante el proceso de toma de decisiones sobre el riesgo en la etapa precontractual, las aseguradoras, el uso de las pruebas médicas no genéticas y el acceso a información genética por medios no genéticos ha sido tolerado. Como lo enseña la técnica aseguradora, las pruebas médicas no genéticas se exigen de acuerdo con las políticas de selección de riesgos en los seguros de personas dependiendo de diversos factores, tales como la edad, valores asegurados y las manifestaciones contenidas en la declaración de asegurabilidad que suele acompañar las tratativas durante la etapa de evaluación del riesgo.

De lo que sí se ha ocupado el derecho positivo colombiano, es de restablecer el equilibrio roto que se devela en la etapa precontractual al reconocer que ab initio el asegurador se encuentra a merced de los informes que rinda el asegurado de los cuales depende una tarificación acorde con el riesgo y la posibilidad de conjurar una posible antiselección. Por éste motivo, al tomador del seguro se le exige la mayor carga de veracidad en desarrollo del principio de la buena fe, so pena de la sanción de nulidad del contrato de seguro, como lo dispone el artículo 1058 del código de comercio que se transcribe a continuación.

" Artículo 1058. " El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieran retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro.

Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo.

Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación

asegurada, equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo, excepto lo previsto en el artículo 1.160.

Las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente."

Por lo demás, como en la tendencia internacional, los aseguradores no exigen pruebas genéticas a sus eventuales asegurados, el tema apenas se debate -a partir de enfoques Inter y transdisciplinarios- en los ámbitos académicos, universidades y entre los integrantes de la sociedad civil interesados tales como centros de investigación, autoridades agrícolas y alimentarias entre otras.

Cabe anotar que los aseguradores siempre han accedido a la información genética a través de la solicitud de práctica de pruebas no genéticas tales como exámenes de laboratorio, electrocardiogramas, o el suministro de la información relacionada con los antecedentes familiares y la costumbre enseña que si el potencial asegurado se rehúsa a practicarse las pruebas médicas el proceso de selección termina sin que exista norma que obligue al segurador a expedir la póliza de seguro.

No obstante, como ya se advirtió, existe el peligro que en virtud de la constitucionalización del derecho privado, fenómeno al que no es ajeno el seguro, que podría arrojar como en el caso que ya se reseñó, la obligación para el asegurador de expedir la póliza de seguro.

Finalmente, se observa que la práctica de exámenes no solo arroja resultados que revelan una predisposición genética mono y plurifactorial, también es posible que confirme la inexistencia de ese tipo de predisposiciones.

5.- La legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país ¿contempla que los eventuales asegurados tienen un "derecho a no saber" y que por lo tanto sería arbitrario hacerlos someter a un examen genético, previo a la contratación de un seguro de vida?. Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa Sección Nacional.

En principio no. Sin embargo, vale anotar que los artículos 15, 16 y 20 de la Constitución Política de Colombia protegen el derecho a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y a la libre expresión informativa y de los cuales podría colegirse el desarrollo del derecho al no saber.

" Art. 15 Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar

las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en banco de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley.

ART.16 Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico.

ART: 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación."

6.- La legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país ¿contempla el caso de que si los aseguradores pudieran solicitar examen genético previo a la contratación de un seguro de vida, ello haría variar los cálculos actuariales? Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa Sección Nacional.

La legislación y la jurisprudencia no contemplan nada. Sin embargo, si el asegurado consiente, puede permitir que el asegurador tenga acceso a sus exámenes genéticos.

La Ley de Seguros obliga a tarifar la prima en función del riesgo y prohíbe al asegurador cobrar por debajo de la tasa pura de riesgo. Por ello, si el asegurador tuvo acceso autorizado por el asegurado a su información genética, ella podría variar los cálculos actuariales.

Al respecto es pertinente poner de relieve, que los cálculos actuariales sobre la mortalidad de los asegurados están basados en la experiencia pasada; luego, habrá que esperar un tiempo suficiente (mínimo 5 años) y número de expuestos al examen genético de 100.000 asegurados para poder construir una nueva tabla de mortalidad para estos y así aplicar el costo de su mortalidad a sus seguros de vida (tasa pura o de riesgo).

7.- En caso de que la respuesta a la pregunta anterior fuere afirmativa: La legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país

¿contempla que el examen genético debe solicitarse igualmente al eventual asegurado, o entiende que los derechos individuales de este deben prevalecer sobre los intereses económicos de los aseguradores?. Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa Sección Nacional.

Los derechos individuales del asegurado deben prevalecer sobre los intereses económicos del Asegurador. La aseguradora podría solicitar el examen genético, como uno más de sus requisitos médicos de asegurabilidad (actualmente se solicita dependiendo de la edad y monto asegurado: examen médico general, análisis de orina, electrocardiograma, RX del tórax, muestra de sangre para varios exámenes de laboratorio como colesterol, triglicéridos, transaminasas, fosfatasa ácida y alcalina, ácido úrico, cuadro hemático y VIH); pero contando con la voluntad del asegurado de hacerlo o no.

En caso de no contar con la aceptación del asegurado, lo único que podría hacer la aseguradora sería no otorgarle el seguro o excluirle cualquier enfermedad que hubiera podido prevenirse si se hubiera practicado el examen genético.

Todo lo anterior con las salvedades mencionadas con respecto a la constitucionalidad del derecho privado, que se hicieron en una respuesta anterior.

8.- La legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país ¿Considera factible que una aseguradora interroge a su eventual asegurado sobre si se ha realizado un examen genético, previo a la contratación de un seguro?. Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa Sección Nacional.

No lo contempla. La Legislación en seguros solo indica que el solicitante debe declarar sinceramente los hechos o circunstancias que delimitan el estado del riesgo (art. 1058, Código de Comercio), bien puede ser en cuestionario diseñado por la compañía.

En este caso la aseguradora podría incluir la pregunta en el cuestionario. Así como tener en cuenta la respuesta para la evaluación del riesgo físico y su calificación como riesgo estándar o agravado.

9.- La legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país ¿contempla el caso que si el eventual asegurado se ha realizado un examen genético, previo a la contratación del seguro, e interrogado por el asegurador responde negativamente, incurre en reticencia?. Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa Sección Nacional.

Una vez hecha la pregunta en el cuestionario sobre estado de salud, si el asegurado habiéndoselo practicado, omite esta información o contesta negativamente, si incurre en reticencia.

De todas formas, no existen referencias expresas a la obligación de dar a conocer el resultado de una prueba genética ni su práctica. Este tema se subsume en el marco del principio de la Uberrimae Buena fe que se consagra en el artículo 1058 del Código de Comercio texto que fue declarado exequible mediante pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia de mayo 15 de 1997, de la cual fue ponente Jorge Arango Mejía.

Por considerarlos pertinentes, se transcriben algunos apartes de esa sentencia, así:

“ Aseverar que e contrato de seguro es uberrimae bona fidei contractus, significa, ni más ni menos sostener que en él no bastan simplemente la diligencia, el decoro y la honestidad comúnmente requeridos en todos los contratos, si no que exige que estas conductas se manifiesten con la máxima calidad, esto es, llevadas al extremo ... Naturalmente, la necesidad de que el contrato de seguro se celebre con esta buena fe calificada, vincula por igual al tomador y al asegurador . sin embargo, la corporación centra su interés en a carga de información precontractual que corresponde al tomador, pues es en relación con ésta que pueden surgir las nulidades relativas contempladas en el artículo 1058 del Código de Comercio. Para la Corte Constitucional, es claro que él régimen rescisorio especial para las reticencias e inexactitudes relevantes, surge de base objetivas, determinadas por la naturaleza de las cosas: la ineludible necesidad de contratar en masa, que constriñe a la empresa aseguradora, y la correlativa imposibilidad física de inspeccionar todos y cada uno de los riesgos contratados, que explica por qué el asegurador queda supeditado a la honradez del tomador, y porqué éste debe asumir, en todo momento, una conducta de máxima buena fe. Finalmente, la justicia conmutativa hace fácil entender que si el asegurador, como se ha visto, está normalmente obligado a proceder con base en una extrema confianza respecto de la persona y las declaraciones del tomador, es equitativo y razonable que la tradición de esa inusual confianza se castigue con sanciones que excedan los niveles ordinarios ... En efecto, cuando, a pesar de la infidelidad del tomador a su deber de declarar sinceramente todas las circunstancias relevantes que constituyen e estado de riesgo, de buena fe se le ha expedido un póliza de seguro, la obligación asegurativa está fundada en el error y, por tanto, es justo que, tarde o temprano, por intermedio de la rescisión, anulabilidad o nulidad relativa, salga del ámbito jurídico. Esto, con prescindencia de extemporáneas consideraciones sobre la necesidad de que la reticencia o inexactitud tenga relación de causalidad con siniestro que haya podido sobrevenir, justamente porque lo que se pretende es restablecer o tutelar un equilibrio contractual roto ab initio, en el momento de celebrar el contrato de seguro, y no al acaecer el siniestro. La relación causal que importa y que, para estos efectos, debe existir, no es, como sostienen los demandantes, la que enlaza la circunstancia riesgosa



omitida o alterada con la génesis del siniestro, sino la que ata el error o el dolo con el consentimiento del asegurador...”

10.- La legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país ¿Considera legal que las aseguradoras formen dos grupos de riesgo; uno con aquellos asegurados que se han realizados un examen genético y otro con los que no?. Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa Sección Nacional.

No lo considera. Si considero legal que las Aseguradoras formen dos grupos de riesgo con y sin examen genético, solo con motivo de observación, para estudios de mortalidad y morbilidad; previa autorización del asegurado, tal como funciona actualmente para reportar información a las centrales de riesgo del sistema financiero.

La Ley en el derecho positivo obliga a la aseguradora a tarifar con respecto al riesgo. Aunque se podría presentar una discriminación legítima, dados los desarrollos jurisprudenciales ya reseñados, podría adquirir el carácter opuesto.

11.- La legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país ¿Considera que si se dictara una legislación que prohíba obligar a un eventual asegurado a realizarse un examen genético, previo a la contratación de un seguro, los seguros de vida sufrirían una merma en su producción?. Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa Sección Nacional.

La legislación no lo contempla.

Sucedirá como acontece actualmente para el examen del SIDA (VIH). Aunque las Compañías de seguros están en la libertad de incluirlo en sus requisitos médicos de asegurabilidad, el asegurado también está en la libertad de practicárselo o no. La respuesta es que en solo muy pocos casos el asegurado se niega a practicárselo. Las compañías aseguradoras no han visto merma la producción por exigirlo o no exigirlo.

12.- La legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país ¿contempla el caso que de realizarse exámenes genéticos, previos a la contratación de un seguro de vida, ello disminuiría el alea del contrato, de forma tal que pudiera llegar a desaparecer?. Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa Sección Nacional.

No se considera que la incertidumbre desaparezca.

Vale la pena evaluar que si las pruebas genéticas pueden conllevar prevención, la incertidumbre recaerá sobre el momento en que aparezcan las enfermedades. Por ello, las compañías de seguros de vida deberán evaluar sus sistemas de tarificación de acuerdo con los hábitos de vida y las actividades del asegurado, que son los elementos que influirán aleatoriamente en la mortalidad o en el desarrollo de una determinada enfermedad.

13.- La legislación, doctrina y/o jurisprudencia de su país ¿contempla el caso que si a los aseguradores se les prohibiera solicitar el examen genético, previo a la contratación de un seguro, los asegurados, que conozcan su condición genética, lo podrían utilizar en perjuicio del asegurador? Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa Sección Nacional.

No lo contempla. Sin embargo, basta recordar que según el derecho privado, el asegurado está obligado a manifestar exactamente el estado del riesgo que conozca y el derecho constitucional podría crear excepciones a esta obligación.

Por ejemplo, los asegurados que conozcan su condición genética, lo podrían utilizar en perjuicio del asegurador, pero a la vez la compañía de seguros, precisamente pensando en lo mismo, podría incluir condiciones particulares en sus contratos tales como exclusiones de ciertas coberturas o limitaciones relacionadas con el examen genético. Tratándose que el seguro de Vida es un contrato de adhesión, el asegurado solo tendría la alternativa de adherirse a él.

14.- La legislación de seguros vigente en su país, o la jurisprudencia existente, ¿tiene forma de impedir tales eventuales perjuicios, ya sea a través de la reticencia o de alguna otra forma? Para el caso que en su país no hubiera legislación, doctrina y/o jurisprudencia, le solicitamos emita la opinión que, al respecto, tiene esa Sección Nacional.

Como lo comentado anteriormente, las compañías de seguros si tienen las herramientas jurídicas y administrativas para prevenir los perjuicios, tales como:

- ? La inclusión de preguntas claves en el cuestionario de salud.
- ? La inclusión de condiciones particulares al contrato de seguro relacionadas con el tema.
- ? La inclusión de exclusiones o limitaciones de cobertura.
- ? La penalización de la reticencia.
- ? La anulación del contrato de seguro en los dos primeros años de vigencia del seguro en vida del asegurado por error en la declaración de asegurabilidad.
- ? Etc.

\*\*\*\*\*

